



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1
Maria Persson

DOM
2010 -10- 1 1
Meddelad i
Malmö

Mål nr
10211-10 E

Sida 1 (8)

SÖKANDE

Ion Beam Applications SA
Chemin du Cyklotron 3
B-1348 Louvain-la-Neuve
Belgien

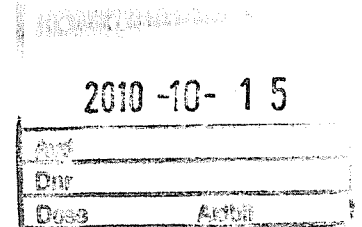
Ombud: Advokat Carsten Angsmark
Grünberger Advokatbyrå AB
Box 7297
103 90 Stockholm

MOTPART

Region Skåne
291 89 Kristianstad

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)



DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Ion Beam Applications SA:s ansökan om ingripande enligt LOU.

YRKANDEN M.M.

Region Skåne genomför upphandling av cyklotron, dnr 0902243. Upphandlingen genomförs med ett öppet förfarande enligt LOU.

Ion Beam Applications SA (Ion Beam) begär överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts och i andra hand att upphandlingen görs om.

Region Skåne bestrider bifall till ansökan.

Rätten har den 7 juli 2010 beslutat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

Parternas argumentation

Ion Beam: Upphandlande myndighet har bedömt anbuden felaktigt och använt sig av för anbudsgivarna okända bedömningsgrunder.

Position 6.4 – Cyklotronen bör ha möjlighet till framtida uppgraderingar

Ion Beam har en uppgraderingsplan. GE Healthcare har offererat sin cyklotron med högst prestanda för att kunna uppnå de tekniska krav som uppställts i kravspecifikationen. Det finns således ingen möjlighet för GE Healthcare att uppgradera den offererade utrustningen och de har inget system som tillåter en högre prestanda. Ett sådant system finns inte heller under utveckling. Eftersom uppgradering har efterfrågats och då GE Healthcare inte har den möjligheten borde bolaget ha erhållit 0 poäng.

Position 7.1 – Strålskydd och dosrater vid service av cyklotronen

Ca 90 procent av resterna av strålningsaktiviteten i en cyklotron finns i cyklotronens targets. Det är därför en stor nackdel att vara i närheten av samtliga targets vid arbete på ett targetsystem. Ion Beams cyklotron är konstruerad med lika fördelning av targets runt cyklotronen vilket erbjuder ett naturligt skydd mot strålning. En person som arbetar på en target är

alltid på långt avstånd från övriga (aktiverade) targets. Denna konstruktion ska ställas mot GE Healthcares cyklotron med sex targets samlade intill varandra med följd att strålningen från de andra samlade targets inte kan förhindras. Vid underhåll och service av Ion Beams cyklotron är samtliga väsentliga delar tillgängliga för personalen utan att dessa behöver vara inne i cyklotronen vilket drastiskt minskar exponeringen. Även denna konstruktionsdetalj ska jämföras med GE Healthcares cyklotron där personalen vid service och underhåll är helt exponerade mot den resterande strålningsaktiviteten från cyklotronens invändiga delar. Den dosrat som servicepersonal utsätts för är lägre med Ion Beams cyklotron än med GE Healthcares. Ion Beam skulle därför ha tilldelats en högre poäng än GE Healthcare.

Position 7.2 – Möjlighet till strålskydd av targetstationerna bör finnas

Ion Beam är den enda leverantören som erbjuder en sköld monterad på framsidan av targets innehållande vätska s.k. target skyddsörrar. Örrarna stöter bort resterna av strålningsaktiviteten från targetstationerna med följd att det sker en väsentlig minskning om inte hel utradering av den strålning som underhålls- och servicepersonalen kan utsättas för vid närmande av cyklotronen. Ion Beams cyklotron har även blyskydd som sätts ovanpå cyklotronens radioaktiva invändiga delar då arbete sker inuti cyklotronen. Det är endast Ion Beam som kan tillhandahålla detta skydd. Eftersom GE Healthcare över huvud taget inte kan tillhandahålla detta skydd pga. konstruktionen av dess cyklotron skulle GE Healthcare erhållit 0 poäng.

Position 7.5 – God ergonomi vid service av utrustningen

Den mer regelbundna servicen och underhållet görs snabbare, lättare och mer ergonomiskt på Ion Beams cyklotron än på GE Healthcares. Mot bakgrund av detta talar starka skäl för att Ion Beam skulle ha erhållit en högre poäng än GE Healthcare men i vart fall åtminstone samma poäng.

Användning av för anbudsgivarna okända bedömningsgrunder

I RÅ 2002 ref. 50 har Regeringsrätten fastslagit att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara utformad så att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat. Detta följer också av principerna om likabehandling, förutsebarhet och transparens. Av kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 3331-08 framgår i detta sammanhang att ett förfrågningsunderlag som inte möjliggör för en anbudsgivare att bilda sig en uppfattning om på vilka grunder poängsättningen av ett visst kriterium ska ske står i strid med transparensprincipen.

Varje kriterium har åsatts en viss totalpoäng och betygssättningen av anbuderna har skett utifrån en fyragradig-skala. För ett kriterium som kan ge totalt 9 poäng kan anbuderna få 0, 3, 6 eller 9 poäng. Av förfrågningsunderlaget framgår dock inte hur jämförelsen mellan anbuderna görs och därmed hur den fyragradiga skalan skulle komma att tillämpas. Det går inte att utläsa skillnaden mellan *bör-kravet uppfylls ej*, *bör-kravet uppfylls men delvis på ett undermåligt sätt*, *bör-kravet uppfylls på ett normalt och förväntat sätt* respektive *bör-kravet uppfylls på ett utmärkt sätt*. En anbudsgivare kan inte förutse hur man bäst bör utforma sitt anbud avseende kvalitet och kan därmed inte kalkylera vilket pris som bör lämnas eftersom det slutliga jämförelsetalet anbudsgivarna emellan är beroende av det fiktiva prispåslaget. Om Ion Beam utifrån förfrågningsunderlaget hade kunnat göra bedömningen att risk förelåg för lägre poängutdelning avseende kvalitet skulle bolaget ha kunnat sätta ett annat pris för att kompensera för det fiktiva prispåslaget. För övrigt går det inte utifrån förfrågningsunderlaget att förstå hur det fiktiva prispåslaget beräknas. Utformningen av anbudsunderlaget ger heller ingen möjlighet att på ett objektivt sätt bedöma hur utvärderingen gjorts. Förfrågningsunderlaget har varit så otydligt formulerat att en anbudsgivare inte har kunnat bilda sig en uppfattning om på vilka grunder

poängsättningen av utvärderingskriterierna skulle ske och det strider därmed mot principerna om förutsebarhet och öppenhet.

Region Skåne åberopar i huvudsak följande:

Position 6.4 – Cyklotronen bör ha möjlighet till framtida uppgraderingar

Båda anbudsgivarna uppfyller bör-kravet på ett normalt och förväntat sätt varför de har erhållit 6 poäng vardera.

Position 7.1 – Strålskydd och dosrater vid service av cyklotronen

Båda anbudsgivarna uppfyller bör-kravet på ett normalt och förväntat sätt varför de har erhållit 6 poäng vardera. Anbudsgivarna har olika lösningar på strålskyddet men båda har löst det på ett adekvat sätt.

Position 7.2 – Möjlighet till strålskydd av targetstationerna bör finnas

Båda anbudsgivarna uppfyller bör-kravet på ett normalt och förväntat sätt varför de har erhållit 6 poäng vardera. Anbudsgivarna har olika lösningar på strålskyddet men båda har löst det på ett adekvat sätt.

Position 7.5 – God ergonomi vid service av utrustningen

GE Healthcare uppfyller bör-kravet på ett utmärkt sätt varför de erhållit högsta poäng dvs. 6 poäng. Anledningen till detta är att service av flera viktiga komponenter kan ske på ett mycket smidigt sätt samt att större delen av servicen ske antingen ståendes på golvet eller sittandes. Ion Beam uppfyller bör-kravet på ett normalt och förväntat sätt varför de erhållit 4 poäng. Anledningen till detta är att service av pumpar och striperfolie-motorer sker under cyklotronen, service av de centrala delarna kräver att man står på en pall och häver sig över maskinen samt att byte av striperfolie måste ske förhållandevis ofta.

Användning av för anbudsgivarna okända bedömningsgrunder

I kravspecifikationen anges detaljerade och specifika beskrivningar av de kriterier som kommer att utvärderas i upphandlingen samt vilken maxpoäng som kan erhållas för respektive skall-krav och bör-krav. Vidare är det i utvärderingsnyckeln på ett mycket tydligt och detaljerat sätt beskrivet i olika steg hur själva utvärderingen kommer att ske och hur poängen kommer att fördelas kopplat till utvärderingskriterierna. Någon jämförelse mellan anbuden har inte gjorts vid utvärderingen. I enlighet med vad som framgår av förfrågningsunderlaget har anbuden enbart utvärderats var för sig utifrån de utvärderingskriterier som angivits. Vidare framgår det klart och tydligt i utvärderingsnyckeln vilken bedömning som ligger till grund för att erhålla 0, 3, 6 eller 9 poäng. Enbart genom att titta på ordalydelsen av de olika bedömningsgrunderna kan man dra slutsatsen att det är uppenbart att det finns tydliga skillnader mellan de olika uppfyllnadsgraderna. Detta måste anses ha varit utformat på ett transparent, förutsebart och för alla anbudsgivare lika sätt. Samtliga anbud har genomgått samma prövning och har bedömts objektivt och enhetligt av regionens expertgrupp. Att närmare i detalj ange vilka egenskaper en produkt måste besitta för att erhålla viss poäng är varken lämpligt eller möjligt enligt proportionalitetsprincipen då en sådan angivelse starkt hade begränsat anbudsgivarnas möjlighet att offerera konkurrenskraftiga lösningar. Det regionen ytterst vill åt är en funktion hos anbudsgivarnas produkter och inte en specifik teknisk utformning av produkten. Vidare anges det i utvärderingsnyckeln att det ska ske ett fiktivt prispåslag samt exakt hur det kommer att beräknas. Även på denna punkt har förfrågningsunderlaget således varit klart och tydligt.

DOMSKÄL

Bestämmelser m.m.

Enligt 16 kap. 1 och 2 §§ LOU kan rätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att rätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Härvid gäller att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget och inte heller göra prövningen mot andra kriterier än dem funnits med i förfrågningsunderlaget.

Förvaltningsrättens bedömning i nu förevarande mål

Användning av för anbudsgivarna okända bedömningsgrunder

Vid upprättandet av ett förfrågningsunderlag är en upphandlande myndighet fri att inom gällande principer fastställa de krav som kommer att tillmätas betydelse vid en upphandling. Av praxis följer att förfrågningsunderlaget ska vara klart och tydligt utformat så att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. För att iaktta kravet på förutsägbarhet krävs att den upphandlande myndigheten så utförligt som möjligt uttrycker vad man kommer att lägga vikt vid i anbudsutvärderingen. I aktuell upphandling ställs 29 mer eller mindre detaljerade bör-krav avseende egenskaper hos en cyklotron som Region Skåne värdesätter. I bilaga 2 till förfrågningsunderlaget, utvärderingsnyckeln, anges att bör-kraven värderas i fyra steg: *bör-kravet uppfylls ej, bör-kravet uppfylls men delvis eller på ett undermåligt sätt, bör-kravet uppfylls på ett normalt och förväntat sätt eller bör-kravet uppfylls på ett utmärkt sätt*. Vidare anges vid varje bör-krav maximal poäng som kan erhållas vid utvärderingen av bör-kravet samt att storleken på poängen är vald för att återspegla tyngden i bör-kravet. I och för sig framgår det inte specifikt vad som tillmäts betydelse när anbuderna bedöms enligt ovanstående skala. Förvaltningsrätten anser dock att eftersom det är frågan om en upphandling av en tekniskt avancerad utrustning, där leverantörerna kan förväntas känna till förekommande egenskaper/kvaliteter, att dessa har kunnat bilda sig en realistisk uppfattning om hur Region Skånes poängsättning skulle komma att ske. Detta gäller särskilt krav avseende teknisk funktion. Den omständigheten att ett fåtal bör-krav är mer allmänt hållna såsom ”cyklonen bör vara flexibel”, ”cyklonen bör vara lämplig för forsk-

ning”, och ”utrustningen bör erbjuda integration i befintlig verksamhet” är ur upphandlingssynpunkt visserligen tveksamt men får anses utgöra en så ringa del av upphandlingens omfattning att det faller inom ramen för vad som kan godtas. Förvaltningsrätten anser vidare att poängsättningen som sådan inte strider mot vad som anges i förfrågningsunderlaget samt att det framgår av utvärderingsnyckeln att ett virtuellt prispåslag kommer att göras och hur detta beräknas.

Positionerna 6.4, 7.1, 7.2 och 7.5

När en upphandlande myndighet fastställer andra utvärderingskriterier än enbart pris, t.ex. kvalitet, är det i många fall i stort sett ofrånkomligt att kriterierna i viss mån bedöms subjektivt vid utvärderingen. Det är dock den upphandlande myndigheten som har att utvärdera ingivna anbud. Trots att Ion Beam anser att deras kvalitet är bättre än GE Healthcares och att GE Healthcare därmed skulle ha erhållit lägre poäng har Ion Beam enligt förvaltningsrättens mening inte förmått göra det sannolikt att Region Skåne tagit ovidkommande hänsyn vid utvärderingen.

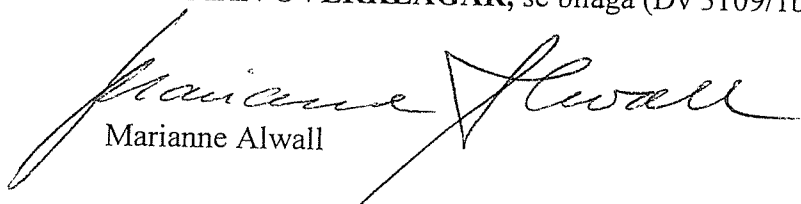
Sammanfattning

Mot bakgrund av det anförda finner förvaltningsrätten att Ion Beam inte förmått göra det sannolikt att Region Skåne brutit mot bestämmelserna i LOU på sådant sätt att det finns skäl för ingripande enligt 16 kap. 1 och 2 §§ LOU. Ion Beams ansökan härom ska därför avslås.

Särskilda upplysningar

Rättens interimistiska beslut från den 7 juli 2010 upphör med denna dom att gälla och en ny tiodagarsfrist börjar löpa. Det innebär att om upphandlingskontrakt tecknas eller föreligger efter den nya fristens utgång kan rätten till domstolsprövning upphöra. Detta gäller även om överlagande kommer in inom den i bilagan anvisade besvärstiden tre veckor.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1b)


Marianne Alwall